

Hypotheeken als consumentenrechtelijk thema

Prof. mr. W.H. van Boom, Erasmus Universiteit Rotterdam, sectie Burgerlijk recht, hoogleraar *Privaatrecht*¹

Eerder verschenen in: T.M. Berkhout, A.A. van Velten (eds.), *Vastgoedfinanciering in woelige tijden* (Jubileumbundel Stichting Fundatie Bachiene), Amsterdam: Stichting Fundatie Bachiene 2012, p. 75-102

1. Inleiding

[75] In deze bijdrage verken ik de consumentenrechtelijke kant van hypothecaire kredietverlening. Die kant is de laatste jaren sterk tot ontwikkeling gekomen, maar de verhouding tussen de verschillende toepasselijke regels is niet altijd helder. Zo is er een Burgerlijk Wetboek dat nauwelijks iets bepaalt over kredietverlening, een civiele rechter die stap voor stap zorgplichten ontwikkelt, er is een opeenstapeling van moeilijk te doorgronden publiekrechtelijke regels in (eerst *Wet financiële dienstverlening* (Wfd) en nu) de *Wet op het financieel toezicht* (Wft), er is sprake van toenemende interventie door de AFM in dit gebied, en er is een onder druk staande traditie van zelfregulering door de kredietindustrie. Daarnaast zijn er nieuwe regels, zoals de *Wet oneerlijke handelspraktijken*, waarvan de invloed op hypothecaire dienstverlening nog niet uitgekristalliseerd is. Bovendien lijkt er een Europese richtlijn ‘woningkredietovereenkomsten’ aan te komen, die ook invloed zal uitoefenen. Ten slotte is van belang dat, waar het gaat om hypothecair krediet, er meerdere ‘rechtstoepassers’ zijn. Niet alleen de civiele rechter, maar [76] ook alternatieve geschilbeslechters als het klachteninstituut KIFID spelen een zekere rol.

Er is kortom behoefte aan enige ordening van het veld; in deze bijdrage doe ik een poging daartoe. Volledigheid is niet nagestreefd; zo besteed ik weinig aandacht aan de positie van de hypotheekadviseur. De opbouw is als volgt. Eerst schets ik kort de civielrechtelijke kaders (par. 2), de toepasselijke zelfregulering (par. 3) en de publiekrechtelijke regels (par. 4). Daarna ga ik wat dieper in op een aantal specifieke problemen op de hypotheekmarkt, zoals de belemmeringen bij overstappen, misleidende en onduidelijke bewoordingen in overeenkomsten verband houdend met hypothecair krediet, en de ‘Altlast’ van de beleggingshypotheek (par. 5). Voor zover mogelijk probeer ik de lijnen bij elkaar te trekken in een afrondende beschouwing (par. 6).

2. Het civielrechtelijk kader

Van Velten wijst er terecht op dat de hypothecaire geldlening een hybride karakter heeft – deels verbintenissenrecht en deels goederenrecht. Dat kan ertoe leiden dat bijvoorbeeld de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid aan executie in de weg kan staan.² Van de verbintenisrechtelijke kant van hypothecaire kredietverlening aan consumenten is in het BW echter weinig tot niets terug te vinden. Uiteraard is het zekerheidsrecht hypotheek van vestiging tot uitwinning geregeld in Boek 3, maar de puur verbintenisrechtelijke kant van het aangaan van de geldlening, de inhoud van de verschillende aflossingsmodaliteiten en de verplichtingen tussen

¹ Deze bijdrage werd begin september 2011 afgerond. Latere ontwikkelingen werden niet meer verwerkt.

² A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2009, p. 584.

kredietverstrekker en debiteur zijn niet specifiek geregeld. Dat betekent dat de algemene regels van contractenrecht toegepast moeten worden.

Wel moet worden vermeld dat de overeenkomst van geldlening geregeld is als bijzonder contract. Daarop zijn namelijk de antieke regels omtrent verbruikleen uit Boek 7A BW van toepassing. Die regels dateren echter uit 1838, toen hypothecair krediet nog geen consumentenproduct was (sterker: het concept consument moest zich nog ontwikkelen) en slechts voor de bezittende klasse openstond. De toepasselijke [77] wetsbepalingen stipuleren vooral het nominaliteitsbeginsel en het uitgangspunt dat de uitlener rente moet bedingen wil hij daar recht op hebben.³ Vanwege het regelendrechtelijke karakter komt in de hypothecaire kredietverlening praktisch weinig betekenis toe aan de (schaarse) wettelijke regels van verbruikleen. En meer bijzondere regels zijn er niet, want de regels omtrent zogenoemd consumentenkrediet⁴ zijn niet van toepassing op hypothecair krediet.⁵

Zorgplicht

De overeenkomst van hypothecaire kredietverlening is dus vooral aan algemene verbintenisrechtelijke wetsbepalingen onderworpen.⁶ Die bepalingen laten veel ruimte aan rechterlijke normontwikkeling, al dan niet geworteld in open normen aangaande precontractuele en contractuele redelijkheid en billijkheid, maatschappelijke betamelijkheid en soms ook het goed opdrachtnemerschap.⁷ Met name de ontwikkeling in de rechtspraak van het containerbegrip 'bancaire zorgplicht' is hier van belang. Die zorgplicht ziet op verschillende aspecten van dienstverlening door banken, verzekeraars en tussenpersonen. De zorgplicht geeft invulling aan een aantal aspecten van de dienstverlening: het geven van bepaalde informatie, het navragen van bepaalde gegevens bij de consument (ken uw cliënt), het waarschuwen tegen bepaalde risico's, het beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid [78] of gebrek aan inzicht en het in uitzonderlijke gevallen ingrijpen in het belang van (maar mogelijk niet met instemming van) de cliënt. Of en in hoeverre van dergelijke plichten sprake is, hangt geheel af van de concrete omstandigheden van het geval.⁸ De ongeschreven zorgplicht van financiële dienstverleners is dus

³ Asser-Van Schaick 5-IV (*Bijzondere overeenkomsten - Verbruikleen, borgtocht, vaststellingsovereenkomst e.a.*), nr. 37 e.v.

⁴ Wet van 19 mei 2011 tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van richtlijn nr. 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad (PbEU L 133/66), Stb. 2011, 246 (i.w.tr. 25 mei 2011). Voorheen was de overeenkomst van consumentenkrediet in de bijzondere *Wet op het consumentenkrediet* opgenomen. Daarover bijv. N.J.H. Huls, *Wet op het consumentenkrediet*, Deventer: Kluwer 1993.

⁵ Zie art. 7:58 lid 2 BW.

⁶ Een definitie geeft het BW dus niet. In art. 1 Bgfo Wft vindt men als definitie: 'hypothecair krediet: overeenkomst inzake krediet met een consument, bij het aangaan waarvan een recht van hypotheek wordt gevestigd, strekkende tot verhaal bij voorrang van de vordering tot voldoening van de door de consument verschuldigde betaling, dan wel met betrekking waartoe reeds een zodanig recht is gevestigd en waarbij het krediet wordt verleend tegen een voor hypothecaire financieringen van de aanbieder gebruikelijk jaarlijks kostenpercentage'.

⁷ Zie resp. art. 6:2 en 6:248, art. 6:162 en art. 7:401 BW. Over de verhouding tussen deze civielrechtelijke en publiekrechtelijke regelgeving, zie bijv. W.H. van Boom, 'Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht', *RM Themis* 2003, p. 297 e.v.

⁸ Er is veel literatuur over zorgplicht bij financiële dienstverlening; ik verwijs slechts naar K. Frielink, 'Zorgen om de zorgplicht', in: *Een bewezen bestaansrecht - Lustrumbundel 2002 Vereniging voor Effectenrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 83 e.v.; F.M.A. 't Hart & C.E. du Perron, *De geïnformeerde consument - Is informatieverstrekking een effectief middel om consumenten afgewogen financiële beslissingen te laten nemen?* (Preadvises Vereniging voor Effectenrecht 2006), Deventer: Kluwer 2006; A.J.C.C.M. Loonen, *Een kwestie van vertrouwen - Het effect van de zorgplicht op de Nederlandse beleggingsadvisering* (diss. UvA), Zeist: Kerckebosch 2006; S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, Deventer: Kluwer 2006; W.H. van Boom, 'Beleggingspolissen en consumentengedrag: van 'free lunch' naar 'iustum pretium'?', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken*, 2008, p. 61 e.v.;

een flexibel instrument waarvan de reikwijdte afhankelijk is van de omstandigheden van het concrete geval.⁹ Een aardig voorbeeld van die benaderingswijze biedt een recente uitspraak van het hof Leeuwarden, waar het de zorgplicht betreft van een aanbieder van beleggingsproducten.¹⁰

‘9. Het hof overweegt dat voor Royal, als professionele dienstverlener op het terrein van beleggingen in effecten en aanverwante financiële diensten, jegens [appellant], als particuliere persoon met wie zij een overeenkomst inzake een belegging in aandelen in het kader van een uit te keren lijfrente zal aangaan, een bijzondere zorgplicht geldt die ertoe strekt particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Deze bijzondere zorgplicht volgt uit hetgeen waartoe de eisen van redelijkheid en billijkheid een effecteninstelling, in aanmerking genomen haar maatschappelijke functie en haar deskundigheid, verplichten in gevallen waarin een persoon haar kenbaar heeft gemaakt een overeenkomst als die inzake het lijfrentemaakwerkplan te willen aangaan en deze instelling daartoe ook een aanbod heeft gedaan. De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico's, en de regelgeving tot nakoming waarvan de effecteninstelling is gehouden, met inbegrip van de voor haar geldende gedragsregels (vgl. HR 5 juni 2009 LJN BH 2811).’

[79] Die laatste verwijzing is naar de aandelenlease-arresten, waarin de Hoge Raad voor financiële producten duidelijk maakte dat ook ‘producenten’ van financiële standaardproducten een zorgplicht hebben tegenover afnemers.¹¹ Dit alles betreft de ongeschreven zorgplicht voor wat producten met beleggingsaspecten betreft; daar bestaat inmiddels een flinke hoeveelheid rechtspraak over, die van belang kan zijn voor bepaalde aflossingsmodaliteiten bij hypotheccair krediet waarbij naast de kredietgever nog een partij betrokken is waarmee een beleggingsverzekering afgesloten wordt ter fine van aflossing van de hoofdsom aan het eind van de looptijd van de lening.

Minder rechtspraak is er over de zorgplicht van de hypotheccair kredietverstrekker wat betreft het verlenen van het krediet zelf. Dat komt waarschijnlijk doordat er sinds jaar en dag zelfregulering en de laatste jaren ook publiekrechtelijke regels bestaan die grenzen stellen aan kredietverlening. Ik kom later nog terug op die regels. Hier is van belang op te merken dat de twee stelsels – privaatrechtelijke en publiekrechtelijke regels – naast elkaar functioneren. Hoewel een schending van een publiekrechtelijke regel die individuele belangen beoogt te beschermen, al snel privaatrechtelijke consequenties heeft (zoals schadeplichtigheid), blijft het privaatrecht een autonoom stelsel van regels. Dat betekent bijvoorbeeld dat een kredietverlener niet immuun is voor claims wegens schending van een ongeschreven privaatrechtelijke zorgplicht wanneer hij zich

⁹ Vgl. Rb. Alkmaar 3 febr. 2010, LJN BL2919: ‘De zorgplicht kan, afhankelijk van de omstandigheden, onder meer het volgende inhouden: een informatieplicht over de hoedanigheid en risico's van de aangeboden financiële producten, een onderzoeks- en adviesplicht in verband met het inkomen en vermogen van de particulier afnemer, en een waarschuwplicht voor financiële risico's verbonden aan de aangeboden financiële producten. Of een bepaalde handelwijze in strijd komt met hetgeen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend financieel dienstverlener mocht worden verwacht, is afhankelijk van de omstandigheden van het betrokken geval.’

¹⁰ Hof Leeuwarden 11 mei 2010, LJN BM4257.

¹¹ HR 5 juni 2009, LJN BH2815 (De Treek/Dexia), LJN BH2811 (Levob/Bolle), LJN BH2822 (Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon); AAe 2010, p. 188 (nt. Van Boom en Lindenbergh).

netjes aan alle publiekrechtelijke regels houdt. Het privaatrechtelijk normenkader kan dus verder gaan dan het publiekrechtelijke.¹²

[80] Het schenden van een zorgplicht levert in de regel wanprestatie (art. 6:74 BW) of onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) op, zodat schadevergoeding volgens de regels van afd. 6.1.10 BW kan volgen.¹³ Dat betekent bijvoorbeeld dat causaal verband moet komen vast te staan met de geleden schade, maar ook dat eigen schuld van de consument tot vermindering van de schadevergoeding kan leiden. In de rechtspraak over zorgplichtschending is het gebruik van art. 6:101 BW populair gebleken om een deel van de schade van de consument voor diens eigen rekening te laten: als een zorgplicht is geschonden, kan ook de consument zelf nog wel het een en ander worden verweten, zoals gebrek aan initiatief om zichzelf op de hoogte te stellen van de risico's van de transactie. Dat verwijt vertaalt zich in proportionele genoegdoening.

Dwaling en vernietiging

Naast zorgplichtschending komt een beroep op dwaling ook regelmatig voor: als de dienstverlener de consument op het verkeerde been heeft gezet door essentiële informatie niet of niet voldoende duidelijk te communiceren of door verkeerde dan wel misleidende informatie te geven. Een geslaagd beroep op dwaling resulteert in beginsel in vernietiging van de gehele overeenkomst.¹⁴ Dat betekent dat de prestaties over en weer ongedaan gemaakt moeten worden. Bij overeenkomsten die naar de aard voor een lange tijd worden aangegaan – uiteraard hypothecair krediet, maar ook de bijpassende contracten die zijn gericht op kapitaalopbouw – is dat bijzonder ingrijpend. Juist bij overeenkomsten met een beleggingselement zou een dergelijke algehele vernietiging er in beginsel toe leiden dat de consument de gehele inleg kan terugvorderen, met als gevolg dat een minder beleggingsresultaat voor risico komt van de aanbieder van het beleggingsproduct.¹⁵ Algeheel **[81]** terugdraaien van een transactie is ingrijpend en legt – behoudens uitzonderingen – het risico van tussentijdse verandering in waardeverhoudingen eenzijdig bij één partij, en dat is naar mijn overtuiging de werkelijke reden waarom in de rechtspraak het beroep op dwaling tot op heden zelden werd toegewezen waar het om dergelijke financiële 'duurrelaties' ging. In de aandelenlease-affaire was juist de (proportionele) schadevergoeding de remedie waar de rechterlijke voorkeur naar uitging. Schadevergoeding is immers een veel flexibeler remedie dan vernietiging.

Ook het vernietigen van een hypothecair krediet is ingrijpend: de hoofdsom moet na vernietiging terstond worden terugbetaald door de consument en de kredietverstrekker zal de gedane termijnbetalingen moeten restitueren.¹⁶ Dat zal ook voor de consument die een beroep toekomt op

¹² Zie aldus ook uitdrukkelijk de Hoge Raad in de aandelenlease-arresten van 5 juni 2009: publiekrechtelijke regelgeving is niet beslissend voor de invulling van een privaatrechtelijke zorgplicht.

¹³ Als de zorgplichtschending ook tekortkoming in de nakoming van een contractuele verbintenis oplevert, komt ontbinding (art. 6:265 BW) ook aan de orde. Dat zal minder voor de hand liggen als de schending in de precontractuele fase is begaan.

¹⁴ Art. 6:228 BW jo. art. 3:53 BW jo. 6:203 e.v. BW. Zie nader W.H. van Boom, 'Financiële toezichtwetgeving en nietige overeenkomsten', *Vermogensrechtelijke Annotaties*, 2006, p. 5 e.v.

¹⁵ Daar zijn uitzonderingen op, maar het is onduidelijk in hoeverre die uitzonderingen opgaan. Zo is er art. 6:230 BW (aanpassing in plaats van vernietiging) en art. 6:278 BW (compensatie voor wijziging uitwisselwaarde van de prestaties). Zie nader W.H. van Boom, 'De beslissing van de Hoge Raad in de effectenleasezaken', *Tijdschrift voor consumentenrecht en handelspraktijken*, 2009, p. 239 en uitgebreid over art. 6:278, S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, Deventer: Kluwer 2006, p. 442 e.v.

¹⁶ Art. 6:203 BW houdt het nominaliteitsbeginsel in. Slechts als de consument de hoofdsom te kwader trouw heeft aangenomen (met andere woorden, ten tijde van het in ontvangst nemen wist dat er aan de overeenkomst een

vernietiging wegens dwaling, een vergaande gevolgtrekking zijn. Aanpassing van de overeenkomst is dan mogelijk een aantrekkelijker alternatief.¹⁷ Die aanpassing kan in de buurt komen van schadevergoeding die verschuldigd is als men de feiten die tot de dwaling aanleiding gaven, ‘vertaalt’ in de schending van een bancaire zorgplicht. Een teleurgestelde consument die bijvoorbeeld stelt dat de kredietgever hem een onverantwoord grote som geld heeft geleend (en dat als hij beter was voorgelicht, hij het contract niet zou hebben gesloten), doet er waarschijnlijk verstandiger aan om zorgplichtschending aan te voeren en schadevergoeding te vorderen. Ik persoonlijk heb nog niet zo scherp voor ogen wat dan precies de schade is die door de zorgplichtschending veroorzaakt is, maar ik zie regelmatig dat de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij wijze van schadevergoeding *kwijtschelding* van een deel van de hoofdsom toewijst.¹⁸ Ik [82] vraag me af hoe een dergelijke kwijtschelding dogmatisch ingepast moet worden. Een consument die ten onrechte een krediet heeft gekregen dat hem in staat stelde een woning aan te kopen om vervolgens erachter te komen dat de maandlasten niet op te brengen zijn, moet naar geldend recht – zo lijkt mij – teruggebracht worden naar de situatie waarin hij zou hebben verkeerd zonder dwaling of zorgplichtschending bij het aangaan van het krediet. Een kwijtschelding van een deel van zijn schuld doet dat niet in het geval hij nog steeds de woning bezit. Let wel: ik zeg niet dat kwijtschelding van (een deel van) de schuld geen passende oplossing zou kunnen zijn in bepaalde gevallen, maar ik zie nog niet zo snel hoe dat past in het geldende stelsel van restitutie en schadevergoeding.

Oneerlijke handelspraktijken

Ten slotte is er naast dwaling en schadevergoeding wegens zorgplichtschending de mogelijkheid van schadevergoeding wegens misleidende reclame (art. 6:194 oud BW), tegenwoordig opgegaan in de regels van oneerlijke handelspraktijken (art. 6:193a BW). Deze nieuwe regeling, kortweg de Wet OHP, is van belang voor hypotheekproducten¹⁹ omdat, als bij de marketing, verkoop of uitvoering daarvan oneerlijk gedrag wordt vertoond – zoals essentiële informatie achterhouden, misleidend presenteren of bijvoorbeeld op intimiderende wijze consumenten tot een contract bewegen of juist afhouden van het uitoefenen van hun contractuele rechten – er dan niet alleen sprake is van onrechtmatig gedrag tegenover de consument, maar er ook door de AFM opgetreden kan worden (bijvoorbeeld door het uitdelen van boetes).²⁰

[83]

wilsgebrek kleeft), is hij vanaf het moment van in ontvangst nemen wettelijke rente over de hoofdsom verschuldigd. Zie art. 6:205 jo. 6:81 e.v. jo. art. 6:119 BW.

¹⁷ Aanpassing is mogelijk op grond van art. 6:230 BW. Daarvoor is een aanbod nodig dat de nadelen wegneemt die de dwalende bij ongewijzigde voortzetting van de overeenkomst ervaart.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 29 december 2010, nr. 216: restschuld ad ruim 155.000 euro wordt kwijtgescholden, omdat kredietverstrekker de onervaren en jonge cliënt had moeten waarschuwen voor restschuldrisico bij hypothecaire lening. Zie bijvoorbeeld ook het oordeel ombudsman OBB 2011-200.2487: 30% kwijtschelding van de schuld bij consumentenkrediet dat tot stand kwam onder invloed van bedrog door consument én schending zorgplicht door de kredietverstrekker.

¹⁹ Wet van 25 september 2008, Stb. 2008, 397 (i.w.tr. per 15 oktober 2008); de wet is van toepassing op praktijken die dateren van na inwerkingtreding.

²⁰ Nader over deze wet R.W. de Vrey, ‘Handelspraktijken’, in: E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2011, p. 421 e.v.; D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Deventer: Kluwer 2009; P.G.F.A. Geerts & E.R. Vollebregt, *Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame*, Deventer: Kluwer 2009; M.F.H. Broekman, ‘De richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken’, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2005, p. 175 e.v.; L. Steijger, ‘Wetgevingspraktijken onder de loep genomen: een analyse van de implementatie van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken in Nederland’, *NTER* 2007, p. 124 e.v.

3. Zelfregulering

Lange tijd is hypothecaire kredietverlening buiten schot gebleven wat publiekrechtelijke regulering betreft. Anders dan bij consumentenkrediet, waar al langere tijd een stelsel van wettelijke regels en zelfregulering bestond op het vlak van verantwoord lenen, toetsing van kredietwaardigheid en rentemaxima, was hypothecair krediet vrijwel geheel ongeregeld. Op dat terrein hadden de banken traditioneel zelf het initiatief en hun uitleenbeleid was van oudsher ronduit prudentieel. Toen er eind jaren 80 tijdens de parlementaire behandeling van de *Wet op het consumentenkrediet* stemmen opgingen om een deel van de hypotheekmarkt ook onder de wet te brengen, bood het bankwezen aan om dit onderwerp in eigen beheer te regelen. Onderhandelingen tussen het ministerie voor Economische Zaken en de NVB leidden uiteindelijk tot een Gedragscode Hypothecaire Financieringen (GHF), die in aangepaste vorm tot op de dag van vandaag bestaat.²¹ De inkadering van die code in het publiekrechtelijke raamwerk is inmiddels compleet: de AFM is op grond van de Wft bevoegd om te eisen dat kredietverleners de gedragscode naleven.²²

Oorspronkelijk diende de GHF er in de eerste plaats toe het betalingsrisico te beperken, dat wil zeggen het risico dat de consument de maandelijkse betalingen niet meer kan opbrengen. Het risico op restschuld – zoals bij hypotheekvormen met vermogensopbouw – werd niet duidelijk beperkt. Bovendien nam de GHF inkomens als uitgangspunt en keek minder naar huishoudsamenstelling (zoals de kosten van het onderhoud van opgroeiende kinderen).²³ In bepaalde gevallen kon dat leiden tot wat we nu ‘onverantwoord krediet’ zouden noemen. Dat risico was sowieso niet uitgesloten, omdat de code in de zogenoemde *explain*-clausule toestaat dat afgeweken wordt van de leenlimieten als dat in een individueel geval beredeneerd kan worden. AFM-onderzoek uit 2007 toonde aan dat niettegenstaande het bestaan van de code toch vaak meer werd uitgeleend dan verantwoord leek. [84] De *explain*-clausule van de code werd, zo oordeelde de AFM, als sluiproute gebruikt (bijvoorbeeld door zonder veel onderbouwing aan te nemen dat het inkomen van de consument zou gaan stijgen).²⁴ In 2010 bleek de situatie onder de nieuwe GHF verbeterd.²⁵

De Gedragscode Hypothecaire Financieringen 2007 regelt onder meer de volgende onderwerpen:

- een lijst van items die in het informatiemateriaal opgenomen moet worden;
- de plicht om een gestandaardiseerde hypotheeklastenberekening af te geven, al dan niet in de vorm van een Europees Gestandaardiseerd Informatieblad (EGI, ESIS); berekening van de leencapaciteit, waarbij onder meer rekening wordt gehouden met de maximale brutolasten op basis van Nibud-woonlastenmaatstaven, huidige vaste en bestendige inkomsten, redelijkerwijs toekomstig te verwachten vrij beschikbaar vermogen en met zekerheid te verwachten inkomensstijging;

²¹ N.J.H. Huls, *Onderhandelend wetgeven in de praktijk. Over ambtelijk activisme op middenniveau*, Amsterdam University Press 1998, hoofdstuk 6; W.H. van Boom e.a., ‘Handelspraktijken, reclame en zelfregulering – Pilotstudy Maatschappelijke Reguleringinstrumenten’, *WODC Rapport 1535*, Den Haag: BJU 2009, p. 83.

²² Dit geschiedt via de open normen van passendheid (art. 4.34 Wft en art. 113 e.v. BGfo Wft).

²³ DNB & AFM, *Risico's op de hypotheekmarkt voor huishoudens en hypotheekverstrekkers*, Amsterdam 2009, p. 3 e.v.

²⁴ DNB & AFM, *Risico's op de hypotheekmarkt voor huishoudens en hypotheekverstrekkers*, Amsterdam 2009, p. 22. Zie ook AFM, *Kwaliteit advies en transparantie bij hypotheek* - Oriëntatiepunt voor een goede adviespraktijk, Amsterdam 2007 en AFM, *Stand van de hypotheekadviespraktijk in Nederland - Rapportage Vervolgonderzoek Hypotheken*, Amsterdam 2010.

²⁵ AFM, *Stand van de hypotheekadviespraktijk in Nederland - Rapportage Vervolgonderzoek Hypotheken*, Amsterdam 2010, p. 11 e.v.

- in beginsel maximale financiering tegen 104% van de marktwaarde van de woning plus eventueel overdrachtsbelasting;
- jaarlijkse informatie over de waardeontwikkeling van de beleggingshypothec, waar de financiering dateert van na 1 januari 2008.²⁶

Er zijn verschillende gevolgen verbonden aan niet-naleving van de GHF. Zo is er een privaatrechtelijke sanctie: een bank die de code heeft onderschreven maar deze niet naleeft, pleegt een oneerlijke handelspraktijk en dat is onrechtmatig tegenover consumenten. De AFM kan bovendien tegen niet-naleving optreden op grond van haar publiekrechtelijke bevoegdheden.²⁷

[85]

4. Publiekrechtelijke regulering

Huidige raamwerk

Het publiekrechtelijk raamwerk voor toezicht op financiële markten is de afgelopen tien jaar uitbundig gegroeid. In deze paragraaf volgt een korte uiteenzetting. Relevant voor de consumentenrechtelijke kant van hypothecair krediet zijn de regels van de Wft. Het gedragstoezicht op grond van de Wft ziet onder meer op zorgvuldige dienstverlening.²⁸ Het leidende paradigma bij gedragstoezicht is informatietransparantie.²⁹ Inhoudelijke regulering van financiële consumentenproducten is veel minder sterk leidend, hoewel bij krediet wel degelijk de *gatekeepers*-functie van kredietverstrekkers zeer belangrijk is. Zo dienen zij ervoor te zorgen dat het krediet niet onverantwoord is.

Grofweg zijn er drie typen gereguleerde informatie: verplichte informatie, reclame-uitingen en informatie ná het sluiten van de overeenkomst.³⁰ Verstrekte informatie moet correct, duidelijk en niet misleidend zijn en mag geen afbreuk doen aan de uit hoofde van de wet gegeven informatie.³¹ Voor krediet geldt een aantal informatieverplichtingen.³² Niet alle regels voor krediet gelden ook voor hypothecair krediet. Zo geldt voor kredietreclame dat in reclame een waarschuwing moet worden gegeven ('Let op! Geld lenen kost geld'), maar die waarschuwing hoeft niet te worden gegeven bij reclame voor hypothecair krediet voor woningaankoop.³³ Ook de regels van het kredietprospectus zijn niet van toepassing op hypothecair krediet; zo wordt overlap met de

²⁶ Een vreemde bepaling, omdat niet de financier maar de verzekeraar de instantie is die beschikking heeft over die informatie.

²⁷ Zowel de *Wet handhaving consumentenbescherming* als de Wft lijken daarbij relevant: de eerste omdat niet-naleving van een gedragscode waar men zich mee afficheert, een oneerlijke handelspraktijk is, en de tweede omdat de AFM niet-naleving gelijkstelt met onverantwoorde kredietverstrekking.

²⁸ Zie daarover bijv. C.E. du Perron, 'Gedragstoezicht financiële ondernemingen', in: J.B. Huizink & D. Schoenmaker (red.), *Leerboek Wft*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2009, p. 173 e.v.

²⁹ Informatievoorziening als middel om asymmetrie tegen te gaan is een klassieke economische remedie tegen marktfalen. Zie in de context van het consumentenrecht bijvoorbeeld G.K. Hadfield e.a., 'Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy', *Journal of Consumer Policy* 1998, p. 131 e.v.; G. Howells, 'The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information', *Journal of Law and Society* 2005, p. 349 e.v.; W.H. van Boom, 'Price Intransparency, Consumer Decision Making and European Consumer Law', *Journal of Consumer Policy* 2011, p. 359 e.v. Vgl. F. Rischkowsky & Th. Döring, 'Consumer Policy in a Market Economy: Considerations from the Perspective of the Economics of Information, the New Institutional Economics as well as Behavioural Economics', *Journal of Consumer Policy* 2008, p. 285 e.v.

³⁰ L.J. Silverentand (red.), *Hoofddlijnen Wft*, Deventer: Kluwer 2011, p. 259 e.v.

³¹ Art. 4:19 Wft.

³² Is sprake van een hypothecair krediet gecombineerd met beleggingsverzekering of levensverzekering, dan is sprake van een complex product (art. 1 BGfo Wft). Daarvoor is in beginsel een financiële bijsluiter verplicht.

³³ Art. 53 lid 8 BGfo Wft.

zelfregulering voorkomen.³⁴ De hypothecair kredietgever moet in elk geval informatie geven over de totale prijs van het krediet, bijkomende kosten, ingehouden kosten (bij beleggingsverzekeringen van belang!) et cetera.³⁵ Informatie na het sluiten van de overeenkomst omvat bijvoorbeeld de plicht om te informeren over de wijziging van variabele rente.³⁶

Er zijn voorts regels over transparantie en maximering van beloningen van tussenpersonen en kostentransparantie. De hypotheekbemiddelaar moet bijvoorbeeld informatie geven over de hoogte van de provisie, afsluit- en doorlopende provisie.³⁷ Voor de *gatekeeper* geldt de plicht dat advies passend en geschikt moet zijn.³⁸ Bij kredietverstrekking geldt de eis dat het krediet ‘verantwoord’ moet zijn.³⁹

De transparantieregels en publiekrechtelijke zorgplicht (bijvoorbeeld ten aanzien van verantwoord en passend krediet) kennen natuurlijk gelijkenis met hun civielrechtelijke evenknie. De werking is in verschillende opzichten anders: allereerst geschiedt de civielrechtelijke normstelling vaak achteraf door een rechter (nadat de feiten zich hebben voorgedaan, formuleert de rechter hoe de abstracte zorgplicht in concreto uitwerkt), terwijl de publiekrechtelijke normstelling goeddeels vooraf plaatsvindt door de bevoegde regelgever. Een tweede verschil is de manier van sanctioneren: de civielrechtelijke remedies zijn naar geldend recht voornamelijk reparatoir en restitutoir, terwijl de publiekrechtelijke sancties ook bestraffend kunnen zijn. Een derde verschil is dat de civiele rechter niet snel zal zeggen dat een financiële-dienstverlener in afwijking van de contractvrijheid contracten moet weigeren aan consumenten die goed voorgelicht zijn en niettemin een objectief onaanvaardbaar financieel risico willen nemen. Soms moet een aanbieder van financiële producten ook naar civielrechtelijke maatstaven een contract weigeren, [87] maar dat zal eerder uitzondering dan regel zijn.⁴⁰ Het publiekrecht lijkt wat dat betreft verder te gaan.⁴¹

Voorstel richtlijn ‘woningkredietovereenkomsten’

In maart 2011 zag een voorstel voor een richtlijn ‘woningkredietovereenkomsten’ het licht.⁴² Daaraan gingen een Witboek en menig consultatieronde vooraf, dus het voorstel dat nu ter tafel ligt, komt niet uit de lucht vallen. De richtlijn beoogt een interne markt voor hypothecair krediet tot stand te brengen, waarbij grensoverschrijdende verlening van hypothecair krediet wordt gestimuleerd. Aangezien momenteel voor consumenten de naamsbekendheid en het vertrouwen dat zij in nationale ‘huismerken’ stellen van groot belang is bij het kiezen van een

³⁴ Art. 111 BGfo Wft; L.J. Silverentand, (red.), *Hoofdpijnen Wft*, Deventer: Kluwer 2011, p. 259.

³⁵ Art. 59a BGfo Wft.

³⁶ Art. 68 BGfo Wft.

³⁷ Art. 58 BGfo Wft.

³⁸ Art. 4.23 en 4.24 Wft.

³⁹ Art. 4.34 Wft en art. 113 ev BGfo Wft.

⁴⁰ W.H. van Boom, ‘Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger’, *NTBR* 2003, p. 555 e.v.; C.E. du Perron, ‘Zorgplicht en eigen schuld in het effectenrecht’, in: M.W. Hesselink e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: BJU 2003, p. 185 e.v.; zie algemeen over paternalisme in het vermogensrecht de bijdragen aan W.H. van Boom e.a. (red.), *Autonomie en paternalisme in het privaatrecht*, Den Haag: BJU 2008.

⁴¹ Nader over de wisselwerking (dan wel het ontbreken daarvan) tussen publiek- en civiel recht bijvoorbeeld O.O. Cherednychenko, ‘De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht’, *NTBR* 2010, p. 66 e.v.; Chr.H. van Dijk & F. van der Woude, ‘Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht’, *AV&S* 2009, p. 74 e.v.; K.J.O. Jansen, ‘De eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument’, *WPNR* 2010, p. 623 e.v.

⁴² Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake woningkredietovereenkomsten, COM (2011) 142 def.

kredietverstrekker,⁴³ is het natuurlijk wel de vraag of en hoe die grensoverschrijding echt vorm zal krijgen. Een eerste stap is in elk geval het naar elkaar toe laten groeien binnen Europa van de juridische verplichtingen van kredietverstrekkers en -bemiddelaars waar het informatievoorziening betreft, het 'ken uw cliënt-principe' en de zorg voor verantwoorde kredietverlening. Dat zijn prominente onderdelen van de richtlijn. Ook worden 'prudentiële en toezichtvoorschriften' geformuleerd waarmee eisen aan vakbekwaamheid en toezicht worden gesteld.

Het doel is dat vertrouwen van consumenten in (grensoverschrijdend) kredietaanbod toeneemt, en dat wordt bereikt – dat is althans het idee – door ervoor te zorgen **[88]** dat informatie transparanter wordt, aanbiedingen eenvoudiger te vergelijken zijn, er geen sprake is van verborgen commissielonen en verzekeringen, en dat de kredietverlening 'verantwoord' is.

De opstellers van de richtlijn stellen dat de algemene kaders van de richtlijn oneerlijke bedingen⁴⁴ en de richtlijn oneerlijke handelspraktijken⁴⁵ geen rekening houden met de bijzonderheden van hypothecair krediet en dat er dus specifieke regels opgesteld moeten worden. Die regels moeten overigens niet tot maximumharmonisatie leiden, aldus de opstellers, bijvoorbeeld omdat de structuur van hypotheekmarkten binnen de EU daarvoor te gevarieerd is. De richtlijn is minimumharmonisatie en doet niet af aan de bescherming die andere richtlijnen (zoals de Richtlijn OHP) reeds bieden. Belangrijke verplichtingen die uit de richtlijn voortvloeien, zijn:

- De kredietgever en -bemiddelaar zijn verplicht om op eerlijke, billijke en professionele wijze in het belang van de consument op te treden bij het verlenen van of bemiddelen en adviseren inzake krediet en 'nevendiensten'. De wijze waarop kredietgevers hun personeel en bemiddelaars belonen, mag niet in de weg staan aan die plicht.⁴⁶
- Reclame- en marketingmateriaal moet eerlijk, duidelijk en niet misleidend in de zin van de Richtlijn OHP zijn. Met name wordt verboden om bewoordingen te gebruiken die bij de consument valse verwachtingen kunnen scheppen betreffende beschikbaarheid of kostprijs van een krediet.⁴⁷
- De verstrekker moet gebruikmaken van standaardinformatie, waarbij een 'representatief voorbeeld' moet worden gehanteerd om onder andere de rente, totaal kredietbedrag, jaarlijkse kostenpercentage, duur, bedrag van de periodieke betalingen en het totaal te betalen bedrag uit te drukken.⁴⁸
- Als een krediet alleen verstrekt wordt in combinatie met een verzekering of andere 'nevendienst' waarvan de prijs niet van tevoren bepaald kan worden, **[89]** moet de verplichting tot het sluiten van dat contract op duidelijke, beknopte en opvallende wijze worden vermeld in de standaardinformatie.⁴⁹
- In de offertefase moet de kredietgever of -bemiddelaar bepaalde 'geïndividualiseerde informatie' geven in het sjabloon van het Europees Gestandaardiseerd Informatieblad (EGI, ESIS), zodat de consument de op de markt beschikbare informatie onderling kan vergelijken, de

⁴³ Zie voor Nederland in elk geval EIM, *Overkreditering aan banden - Onderzoek naar de effectiviteit van beleid om overkreditering tegen te gaan*, Zoetermeer: EIM 2007, p. 62.

⁴⁴ Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEG L 95*).

⁴⁵ Richtlijn nr. 2005/29/EG van 11 mei 2005 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (*PbEU L 149*).

⁴⁶ Art. 5.

⁴⁷ Art. 7.

⁴⁸ Art. 8.

⁴⁹ Art. 8 lid 3.

gevolgen ervan kan beoordelen en een geïnformeerd besluit kan nemen over het al dan niet sluiten van een kredietovereenkomst.⁵⁰

- De kredietgever moet een grondige beoordeling maken van de kredietwaardigheid van de consument, waarbij voorop staat dat als blijkt dat de consument niet in staat zal zijn het krediet tijdens de looptijd af te lossen, de kredietgever weigert het krediet te verstrekken.⁵¹

Voor bemiddelaars is daarnaast nog een aantal verplichtingen opgenomen. De bemiddelaar is verplicht om mede te delen of hij 'verbonden' is aan bepaalde kredietgevers of niet, en of er sprake is van een deelneming van meer dan 10% van de bemiddelaar in de kredietgever of andersom. De 'niet-verbonden' bemiddelaar is verplicht om de consument te informeren of de kredietgever commissieloon aan de bemiddelaar voor zijn diensten moet betalen en hem erop te wijzen dat hij het recht heeft om informatie te vragen over de variatie in de hoogte van de commissielonen die worden betaald door de verschillende kredietgevers die de aan de consument aangeboden kredietovereenkomsten verstrekken.⁵²

Ten slotte is nog vermeldenswaard dat de consument recht krijgt op vervroegde aflossing, hoewel de kaders van dat recht door de lidstaten nader moeten worden ingekleurd. Het recht kan in tijd worden beperkt, er kan gevarieerd worden naar gelang de rentevoet, de omstandigheden waaronder het recht kan worden uitgeoefend kunnen worden beperkt, er kan een eerlijke en objectief verantwoorde vergoeding voor kosten worden verbonden aan de aflossing, et cetera. Maar tegelijk bepaalt de richtlijn dat als een lidstaat dergelijke beperkende voorwaarden [90] stelt, het vervroegd aflossen 'niet al te moeilijk of te duur' mag worden om het recht uit te oefenen.⁵³ Dat is duidelijk een compromis, waarvan mij overigens niet duidelijk is hoe ver lidstaten nu precies moeten gaan om te voldoen aan de richtlijn.

Mijn indruk is dat de richtlijn – mocht deze het Publicatieblad halen – goed aansluit bij de intensivering van overheidsbemoeienis met de manier waarop kredietverstrekkers hun informatie verpakken; een soortgelijke regulering is al langer gaande bij consumentenkrediet en ook het hybride stelsel van Wft en de GHF bewoog al in die richting.

5. Een aantal problemen op de hypotheekmarkt

Algemene marktanalyse

Het belang van hypothecair krediet voor woonhuizen is de afgelopen jaren enorm toegenomen. In de periode 1990–2008 zijn de prijzen van woonhuizen, onder andere onder invloed van demografische ontwikkelingen, dramatisch gestegen.⁵⁴ In diezelfde periode zijn – fiscaal gefaciliteerd – nieuwe hypotheekvormen geïntroduceerd waarbij gedurende de looptijd niet wordt afgelost, maar aan vermogensopbouw wordt gedaan die idealiter aan het eind van de looptijd tot aflossing moet leiden (de spaar- en beleggingshypotheek). De introductie van die nieuwe hypotheekvorm is een van de oorzaken die consumenten in staat stelden om nóg hogere bedragen

⁵⁰ Art. 9.

⁵¹ Art. 14.

⁵² Art. 10. De commissie is op grond van art. 10 lid 3 bevoegd om te verplichten tot een gestandaardiseerde wijze van informatieverstrekking. Dat zal ook wel nodig zijn, omdat de informatie anders verstopt zal worden.

⁵³ Art. 18.

⁵⁴ Ik kan eenieder aanraden om in dit verband David Willetts, *The Pinch*, London: Atlantic 2010, p. 214 e.v. te lezen. Willett wijst erop – in mijn bewoordingen – dat de stijging van de woningprijzen in essentie een demografisch piramidespel is. Hoewel zijn analyse primair op Engeland ziet, zijn er onmiskenbaar parallellen met Nederland.

te lenen; een echte hypotheek op de toekomst dus.⁵⁵ De legale omkoping (zoals Barendrecht⁵⁶ dat treffend noemde) door middel van intransparante provisies aan tussenpersonen gaf het intermediair veel prikkels om deze nieuwe [91] hypotheekvormen gevraagd en ongevraagd aan de man te brengen.⁵⁷ In diezelfde periode is de Nederlandse markt voor consumentenkrediet opengebroken door financiers – de inmiddels ten onder gegane DSB Bank voorop – die een avontuurlijker uitleenbeleid, agressievere reclametechnieken en slinkser *add-on*-praktijken (bijvoorbeeld de verplichte aankoop door de consument van dure betalingsbeschermingsverzekeringen) bezigden dan de traditionele bankiers.⁵⁸ Het gevolg van een en ander is dat 's lands hypotheeklast de afgelopen twee decennia aanmerkelijk is toegenomen. Bovendien zijn de vormen van de verschillende hypotheeken drastisch gewijzigd, getuige dit overzicht:

<i>Penetratiegraad hypotheekvormen bij huishoudens in bezit van hypotheek (in % - aantal categorieën weggelaten)</i>	1996	2008
Lineaire hypotheek	10,8	3,0
Annuïteitenhypotheek	32,9	5,2
Levenhypotheek	9,9	10,0
Spaarhypotheek	37,3	24,0
Beleggingshypotheek ⁵⁹	0,4	11,2
Aflossingsvrije hypotheek ⁶⁰	11,1	53,4

Bron: *Verzekerd van Cijfers*, Verbond van Verzekeraars, 2010, p. 136

[92] Door de persistente marketing sinds midden jaren 90 van met name de spaar- en beleggingshypotheek, die deels gebouwd waren op een fiscaal fundament dat het aantrekkelijk maakte om niets af te lossen, wordt er daadwerkelijk steeds minder afgelost, maar juist gespaard en belegd.⁶¹ Dat heeft uiteraard minder plezierige gevolgen zodra de woningmarkt hapert, economische tegenwind het besteedbaar inkomen onder druk zet en beursval de

⁵⁵ *Sociaaleconomische Trends* 2009, p. 41; DNB & AFM, *Risico's op de hypotheekmarkt voor huishoudens en hypotheekverstrekkers*, Amsterdam 2009, p. 8; AFM, *Beleggingsverzekeringen - Kwaliteit advies bij beleggingsverzekeringen*, Amsterdam 2008, p. 15.

⁵⁶ J.M. Barendrecht, 'De schimmige status van het advies', *NJB* 1999, p. 1361 e.v.

⁵⁷ Over provisie en de effecten ervan B. Baarsma e.a., *Inzicht in belonen - Uitgangspunten voor duurzame beloningsvormen in de intermediaire distributiekolom van complexe verzekeringsproducten*, Amsterdam: SEO 2008. Vgl. over de effecten van provisie transparantie bijvoorbeeld *The Effect of Mortgage Broker Compensation Disclosures on Consumers and Competition: A Controlled Experiment* (Federal Trade Commission Bureau of Economics Staff Report), Washington: Federal Trade Commission 2004. Zie over het voorgenomen provisieverbod voor onder andere complexe producten en hypotheekkrediet *Kamerstukken II* 2010/11, 31 086, nr. 27; AFM, *Stand van de hypotheekadviespraktijk in Nederland - Rapportage Vervolgonderzoek Hypotheken*, Amsterdam 2010, p. 6.

⁵⁸ Zie W.H. van Boom e.a., 'Handelspraktijken, reclame en zelfregulering – Pilotstudy Maatschappelijke Reguleringinstrumenten', *WODC-rapport 1535*, Den Haag: BJU 2009, p. 81 e.v.

⁵⁹ Dit zijn hypotheeken met vermogensopbouw (net als bij spaarvorm), waarbij aan het eind van de looptijd de gehele schuld wordt afgelost met behulp van de gerealiseerde vermogensopbouw. Bij de beleggingshypotheek is sprake van (ten minste) twee overeenkomsten: één van geldlening met de hypotheeknemer en één beleggingsverzekering met de verzekeraar. Tezamen is sprake van een complex product.

⁶⁰ Aflossingsvrije hypotheeken zijn vormen waarbij niets wordt afgelost gedurende de looptijd, maar slechts bij het eind van de looptijd van de lening de gehele som ineens opeisbaar wordt. De consument zal zelf de middelen moeten zien te vinden om te kunnen aflossen (verkoop woning, eigen investeringsopbrengsten, herfinanciering).

⁶¹ Over de *drivers* bij de markt voor beleggingsverzekeringen, zie: AFM, *Feitenonderzoek Beleggingsverzekeringen Deel 1*, Amsterdam 2008, p. 15 e.v.

beleggingsresultaten doet verdampen. Sinds het uitbreken van de financiële crisis in 2008 vergaat het de huizenbezitter dus niet meer zo goed (en de verkoop van beleggingshypotheken is sinds 2002 al tanende vanwege onder meer fiscale wijzigingen). Hoewel de situatie in Nederland lang niet zo nijpend is als voor veel Engelse en Amerikaanse consumenten – en dat hangt weer samen met verschillen in leenstijlen van consumenten en het verschil in intensiteit van overheidsregulering en zelfregulering – kan wel worden gezegd dat de financiële crisis en het inzakken van de huizenmarkt sinds 2008 een aantal gebreken in het functioneren van de consumentenmarkt voor hypothecair krediet aan het licht heeft gebracht.⁶²

De consument zelf is een van de grootste oorzaken van die gebrekkige werking. Onderzoek toont keer op keer aan dat consumenten zich slecht verdiepen in de financiële producten die zij overwegen aan te kopen. Dat heeft verschillende redenen, zoals *bounded rationality*, de ingewikkeldheid van de producten en de gebruikte verkoopmethodes.⁶³ Zo is de hoeveelheid informatie die op consumenten afkomt bij het overwegen van een hypothecair krediet, overweldigend. Als die informatie al wordt gelezen, is het de vraag of ze begrepen wordt.⁶⁴ Te veel informatie kan [93] tot besluiteloosheid leiden of tot een strategie waarbij de keuze niet door de informatie wordt bepaald, maar door impliciet redeneren aan de hand van ‘cognitieve ezelsbruggetjes’.⁶⁵ Onderzoek heeft bovendien geleerd dat *framing* van informatie, dat wil zeggen de bewoordingen, wijze van presentatie van de boodschap et cetera, even belangrijk kan zijn als de inhoud van de informatie.⁶⁶ Onderzoek wijst ook uit dat zodra consumenten een adviseur tegenover zich hebben, zij direct onbewust geneigd zijn om zelf minder hard na te denken over de voor- en nadelen van hun beslissing.⁶⁷ Bovendien blijkt dat de hersenen de mens belonen als hij advies opvolgt.⁶⁸ De hersenen helpen dus ook niet echt mee om alert te zijn in de aanwezigheid van een adviseur.

Overigens is het niet zo dat alle consumenten wat dit betreft hetzelfde zijn. In onderzoek wordt wel een onderverdeling gemaakt tussen consumenten met een *high need for cognition* (high NFC) en consumenten met een *low need for cognition* (low NFC).⁶⁹ Dat zijn twee uitersten van een

⁶² Bovendien is sinds kort sprake van minder riantе financieringsmogelijkheden, deels terug te voeren op scherpere regels en toezicht van de AFM. Ook zouden huishoudens volgens het Nibud door gestegen lasten minder aan hypotheekrente kunnen besteden.

⁶³ Zie bijvoorbeeld inleidend *Samenvatting Financieel inzicht van Nederlanders* (Centiq 2007). Nader F.M.A. 't Hart & C.E. du Perron, *De geïnformeerde consument - Is informatieverstrekking een effectief middel om consumenten afgewogen financiële beslissingen te laten nemen?* (Preadvises Vereniging voor Effectenrecht 2006), Deventer: Kluwer 2006. Vgl. ook H.M. Prast, in: A.J.C.C.M. Loonen (red.), *Beleggingsdienstverlening in het MiFID-tijdperk. Theorie, praktijk en aanbevelingen*, Amsterdam: NIBE-SVV 2008, p. 405 e.v.

⁶⁴ Zie F.M.A. 't Hart & C.E. du Perron, *De geïnformeerde consument - Is informatieverstrekking een effectief middel om consumenten afgewogen financiële beslissingen te laten nemen?* (Preadvises Vereniging voor Effectenrecht 2006), Deventer: Kluwer 2006, p. 37 e.v.

⁶⁵ Zie verder B. Schwartz, *The paradox of choice: why more is less*, New York: Ecco 2004.

⁶⁶ Zie bijvoorbeeld Millward Brown & Centrum, *Evaluatie van de Financiële Bijsluiter – Resultaten van onderzoek onder consumenten, intermediairs en aanbieders; Eindrapport voor Autoriteit Financiële Markten*, Amsterdam 2004, p. 7. Een mooi Amerikaans experiment waarin het verschil in effect werd gemeten tussen een waarschuwing ‘in het verleden behaalde rendementen geven geen garantie voor de toekomst’ en een waarschuwing ‘in het verleden behaalde rendementen worden meestal niet gecontinueerd in de toekomst’, kan men lezen bij M. Mercer e.a., ‘Worthless Warnings? Testing the Effectiveness of Disclaimers in Mutual Fund Advertisements’, *Journal of Empirical Legal Studies* 2010, p. 429 e.v.

⁶⁷ J.B. Engelmann e.a., ‘Expert Financial Advice Neurobiologically ‘Offloads’ Financial Decision-Making under Risk’, *PLoS ONE* 2009, p. e4957 e.v.

⁶⁸ G. Biele e.a., ‘The Neural Basis of Following Advice’, *PLoS Biol* 2011, p. e1001089 e.v.

⁶⁹ Zie de verwijzingen bij W.H. van Boom, ‘Price Intransparency, Consumer Decision Making and European Consumer Law’, *Journal of Consumer Policy* 2011, p. 360 e.v.

spectrum, maar de realiteit is dat bij financiële producten veel consumenten tot een *low NFC* neigen vanwege de complexiteit en het daaruit voortkomende vertrouwen dat wordt gesteld in de expertise van de tussenpersoon. Factoren als geletterdheid, opleidingsniveau en inkomen zijn ook factoren die bepalen in hoeverre het product begrepen wordt en welke inspanningen de consument daartoe verricht. De collectieve hype in de jaren negentig rondom aandelenleaseproducten laat naar mijn inschatting zien dat ook *peer group pressure* een rol kan spelen, alsmede kennelijk het bij verlekkerde consumenten destijds levende naïeve vertrouwen dat producenten van dergelijke [94] producten vast geen inherent gevaarlijke producten zouden ontwikkelen. Als we met de ogen van nu terugkijken op sommige van die aandelenleaseproducten, komt de vraag op hoe we daar als consumenten toch collectief in konden tuinen.

Waar het gaat om beleggingshypotheken, kan wellicht dus de vergelijking worden gemaakt met de aandelenlease-affaire. En in zekere zin is ook een vergelijking mogelijk met *asbest*: een langzaam doordringend besef dat het desbetreffende product inherente risico's in zich draagt waar men niet zonder beschermingsmiddelen aan blootgesteld zou moeten worden, vervolgens groeiende publieke onrust, de eerste wettelijke maatregelen *voor de toekomst*, op de voet gevolgd door een aanzwellende hoeveelheid civiele procedures over gebruik en verkoop van het product *in het verleden*. We weten uit de eerdere voorbeelden dat de afwikkeling hiervan niet eenvoudig en pijnloos zal zijn.

Belemmering bij switchen

Van een andere orde is de belemmering die consumenten ondervinden bij het switchen van kredietverstrekker. Recent onderzoek van de NMA naar de werking van hypotheekmarkten⁷⁰ toont namelijk aan dat zittende klanten van wie de rentevaste periode afloopt, een hoger rentepercentage aangeboden krijgen dan nieuwe klanten. Dat kan erop duiden dat er drempels zijn – in termen van tijd, moeite en informatievergaring – voor die zittende klanten om over te stappen. Als die drempels er niet waren, was elke klant namelijk bij de concurrent een potentiële nieuwe klant en zou het contraproductief zijn om zittende klanten meer te rekenen dan nieuwe klanten.⁷¹ De volgende belemmeringen kunnen worden genoemd:

- de contractuele boete die verschuldigd is aan de kredietverlener;
- zoekkosten: de kosten in termen van tijd en moeite van vergelijken van aanbieders, waarbij transparantie van het aanbod mogelijk niet maximaal is (zo [95] gaat eenderde van de overstappers af op slechts één offerte); totale tijd gemoeid voor de consument met de overstap wordt geschat op 15 uur;⁷²
- de termijn waarop de zittende klant van zijn kredietverstrekker te horen krijgt wat het nieuwe rentepercentage zal zijn; die lijkt gemiddeld 5,7 weken te zijn voor afloop van de rentevaste periode;⁷³ die termijn is momenteel niet gereguleerd en de NMA stelt voor om te bepalen dat de kredietgever drie tot vier maanden voor het aflopen van de rentevaste periode de klant

⁷⁰ NMA, *Sectorstudie Hypotheekmarkt - Een onderzoek naar de concurrentieomstandigheden op de Nederlandse hypotheekmarkt*, Den Haag 2011, p. 52 e.v. Overigens zijn ondervraagde consumenten best tevreden over hun hypotheek; zie EIM Panteia, *Consumentengedrag op de hypotheekmarkt*, Zoetermeer 2011, p. 36. Ik sluit niet uit dat hier het probleem speelt dat de kwaliteit van het hypothecair krediet zich niet eenvoudig laat ervaren; een dergelijk financieel product is mogelijk meer een vertrouwensgoed dan een ervaringsgoed.

⁷¹ Naast switch-drempels kunnen merktrouw en afkeer van buitenlandse kredietverleners als oorzaken worden genoemd.

⁷² Zie NMA, *Sectorstudie Hypotheekmarkt - Een onderzoek naar de concurrentieomstandigheden op de Nederlandse hypotheekmarkt*, Den Haag 2011, p. 59.

⁷³ EIM Panteia, *Consumentengedrag op de hypotheekmarkt*, Zoetermeer 2011, p. 22.

erop dient te wijzen dat hij kan switchen. Ook wordt gesuggereerd dat ruim tevoren de nieuwe rente wordt aangekondigd, zodat de consument zich daar op kan instellen;⁷⁴

- de kosten en moeite die gepaard gaan met het doen verlijden van een notariële akte.

De NMA beveelt aan dat banken hun klanten op tijd informeren over het aflopen van de rentevaste periode, en dat zij hun klanten erop wijzen dat zij kunnen overstappen naar een andere kredietverstrekker. De ministers van Financiën en Economische Zaken, Landbouw en Innovatie kondigden in reactie op het NMA-rapport aan een driemaandstermijn te zullen invoeren.⁷⁵ Dat lijkt me verstandig, want het gaat hier om een praktische drempel die kredietverstrekkers welbewust hoog houden.

Er wordt overigens weleens gesuggereerd dat banken ook een gewoonte ervan maken om consumenten af te raden versneld af te lossen, ook waar dat contractueel is toegestaan voor de consument, vooral omdat de bank zelf dan rente-inkomsten moet missen.⁷⁶ Als die praktijk zich inderdaad voordoet, is dat een oneerlijke handelspraktijk in de zin van art. 6:193a BW e.v., waartegen de AFM sanctionerend mag optreden. [96]

Misleidende bewoordingen en onduidelijke clausules

Hypothecair krediet is een product dat je niet kunt aanraken en dat je zeer infrequent aankoopt. Ervaring opdoen is dus niet eenvoudig, leereffecten in consumenten zijn gering en de invloed van de bewoordingen waarmee het product wordt verkocht en waarin de voorwaarden zijn gesteld, kan verstrekkend zijn. Daarom is toetsing van die bewoordingen nodig in deze markt.⁷⁷

Woorden geven gevoel en versterken gevoel. Noem het woord 'garantie' in een financieel product. Risicoaverse consumenten kunnen een zogeheten positieve affectie ontwikkelen ten aanzien van het product door dergelijke bewoordingen. Een vergelijkbare vraag is wat voor gevoelens het woorddeel 'spaar' in een financieel product bij de consument wekt.⁷⁸ Stel dat geen sprake is van echt sparen, maar van een risicoproduct waarbij het ingelegde geld in beleggingsfondsen wordt gestoken en waarbij de overlevingsgraad van de deelnemers de hoogte van de einduitkering bepaalt. Het is net zoiets als een aankoop van een object dat als auto is verkocht, maar eigenlijk een motorfiets blijkt te zijn. Het verschil is uiteraard dat je van een dergelijk stoffelijk object aan de buitenzijde kunt zien wat het (ongeveer) is. Bij een 'spaarproduct' dat toch geen spaarproduct is, kun je dat alleen als je oog hebt voor de kleine lettertjes. En daar gaat het helaas vaak mis. Dit kan men als de individuele verantwoordelijkheid van consumenten beschouwen, maar met de producent van dit product hoeven we evenmin medelijden te hebben. Het gaat hier om bewuste marketingkeuzes: het woord 'sparen' straalt rust, veiligheid en geborgenheid uit. Dat kan

⁷⁴ NMa, *Sectorstudie Hypotheekmarkt - Een onderzoek naar de concurrentieomstandigheden op de Nederlandse hypotheekmarkt*, Den Haag 2011, p. 63.

⁷⁵ Brief van ministers van ELI en Financiën d.d. 30 juni 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 24 036, nr. 390.

⁷⁶ *Volkskrant* 17 augustus 2011, p. 21.

⁷⁷ Het uitblijven van leereffecten omschrijven economen als een markt waarin de kwaliteit van een goed niet ervaren kan worden door zoeken en vergelijken, en evenmin door ervaring na gebruik. Dergelijke producten zijn *trust goods* ('vertrouwensgoederen') waarvan je er maar op moet vertrouwen dat ze goed zijn, omdat je zelfs na gebruik niet kunt beoordelen of ze van voldoende kwaliteit waren. Hypotheken, maar bijvoorbeeld ook advocatendiensten zijn 'trust goods'. Voor dergelijke goederen is er een sterke economische rationale voor kwaliteitsregulering door dwingende wetgeving.

⁷⁸ Of wat te denken van 'Doordat de koopsom volgens uw keuze wordt geïnvesteerd in gerenommeerde beleggingsfondsen, kunt u niet alleen hoger rendement realiseren, maar heeft u ook de zekerheid dat uw beleggingen goed gespreid en veilig zijn'. Het gebruik van het woord 'zekerheid' kan een positieve 'affect' met het product realiseren, hoewel er natuurlijk helemaal niets zeker is aan beleggingen.

consumenten ‘ankeren’ aan een initiële keuze die ze als gevolg van het ‘anker’ met weinig verdere informatievergaring [97] vervolgen.⁷⁹ Inmiddels zijn er duidelijker regels over het gebruik van woorden: ‘de naam van het beleggingsproduct doet recht aan de inhoud van de propositie’.⁸⁰ De bewoordingen die worden gebruikt, mogen geen afbreuk doen aan de uit hoofde van de wet gegeven informatie.⁸¹ En algemeen geldt dat de gebruikte bewoordingen voor de gemiddelde consument niet misleidend mogen zijn. Daarmee is overigens niet gezegd dat woordkeuze die afbreuk doet aan de wettelijke informatie of die niet in lijn is met de inhoud van het product, ook altijd een oneerlijke handelspraktijk oplevert. De *gemiddelde* consument is namelijk de maatman, en die laat zich niet snel imponeren door wervende woorden.⁸² Hij leest bovendien het relevante materiaal dat bij het financiële product hoort, als we de Hoge Raad mogen geloven:

*‘(...) dat van een omzichtige en oplettende consument mag worden verwacht dat hij zich vooraf redelijke inspanningen getroost om de betekenis van de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verplichtingen en risico’s te doorgronden, en dat hij de in de brochures opgenomen aanprijzingen, loftuizingen en voorbeelden met prudentie beschouwt.’*⁸³

Naast deze handelspraktijken die zich rondom de contractsluiting voordoen, is er ook het probleem van onduidelijke algemene voorwaarden in overeenkomsten van hypothecair krediet. Die onduidelijkheden komen vaak pas later aan het [98] licht.⁸⁴ Gedacht kan worden aan de uitleg van het begrip ‘soortgelijke geldleningen’ bij clausules die tussentijds boetevrij aflossen toestaan. Als een bank hypothecair krediet verstrekt met in de algemene voorwaarden een clausule die onder omstandigheden boetevrij aflossen toestaat ‘onafhankelijk van de rentestand’, is het dan redelijk van de bank om zich op het standpunt te stellen dat dit niet geldt als de ‘renteopslag’ wel verschilt?⁸⁵ Ik had deze uitleg als consument niet kunnen bedenken, dus is een uitleg *contra proferentem* zeer wel verdedigbaar: bij twijfel over de betekenis van een beding prevaleert de voor de consument gunstigste uitleg.⁸⁶ Wat dit betreft kan er nog wel wat geschaafd worden aan algemene voorwaarden bij hypothecair krediet, bijvoorbeeld opdat de daarin voorkomende variabelen voor een consument echt controleerbaar zijn.⁸⁷ Het lijkt mij redelijk om te eisen dat daar waar hypotheekvoorwaarden aan de kredietverstrekker de bevoegdheid geven om beslissingen te nemen – bijvoorbeeld over het al dan niet boetevrij aflossen of het toestaan van premievakantie of

⁷⁹ Over *anchoring* en de daarmee samenhangende mentale ezelsbruggetjes is veel geschreven. Zie slechts, met verdere verwijzingen, de bijdragen van W.F. van Raaij & E. Rassin aan W.H. van Boom e.a. (red.), *Gedrag en Privaatrecht - Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: BJU 2008.

⁸⁰ Aanbevelingen van de NVB LC-346 dd. 15 februari 2007. Zie AFM, *Verkennde analyse gestructureerde producten*, Amsterdam 2007, p. 40.

⁸¹ Art. 4:19 Wft.

⁸² Het normatieve concept ‘gemiddelde consument’ is van Europeesrechtelijke komaf; zie nader bijvoorbeeld S. Weatherill, ‘Who is the ‘Average Consumer’?’, in: S. Weatherill & U. Bernitz (red.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29; New Rules and New Techniques*, Oxford: Hart Publishing 2006, p. 115 e.v.

⁸³ Zie HR 5 juni 2009, Dexia, r.ov. 4.5.3/Aegon, r.ov. 4.3.5. Zie ook recentelijk Rb. Amsterdam 18 mei 2011, LJN BQ6506 (Stichting Misrekening/ING Bank): ook al adverteert een bank met 4% rente op een spaarrekening en wordt niet uitdrukkelijk vermeld dat de rente variabel is, dan nog zal de gemiddelde consument er rekening mee houden, gegeven de schriftelijke voorwaarden en het feit dat het spaartegoed vrij opneembaar is, dat de rente niet tot in lengte van dagen op 4% zal blijven.

⁸⁴ Als die onduidelijkheid in de precontractuele fase besproken wordt en het de consument duidelijk is welke lezing de kredietverstrekker aanhangt, dan is zijn instemming met de contractsbepalingen per saldo instemming met de lezing van de aanbieder. Aldus Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 14 april 2010, nr. 67.

⁸⁵ De Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 10 augustus 2010, nr. 147, vond terecht van niet.

⁸⁶ Art. 6:238 lid 2 BW.

⁸⁷ Vgl. art. 10 lid 3 GHF.

-afkoop – de maatstaven die daarbij gehanteerd zullen worden, volledig duidelijk in de voorwaarden zelf opgenomen zijn.

De beleggingshypotheek als 'Altlast'

Zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, zijn vanaf de jaren 90 beleggingsverzekeringen als 'annex' aan hypothecair krediet verkocht, als nieuw en fiscaal aantrekkelijk alternatief voor de annuïteiten- en lineaire hypotheek. Ik behandel de beleggingshypotheek hier als probleem van hypothecair krediet, omdat het illustreert dat de risico's van 'productinnovatie' bij hypotheeken de afgelopen twintig jaar ernstig onderschat zijn en dat bij het ontwikkelen van nieuwe hypotheekvormen meer aandacht moet worden besteed aan duurzaamheid en klantbelang. Juridisch is de beleggingshypotheek ingewikkelder dan een klassieke annuïteiten- en lineaire hypotheek, omdat het onderdeel kapitaalopbouw veelal niet bij de kredietverstrekker is ondergebracht, maar bij een (gelieerde) verzekeringsmaatschappij. Er zijn dus twee overeenkomsten, die nauw met elkaar verband houden.

[99] Tegen een achtergrond van toenemende behoefte aan transparantie (en wijziging van het fiscale regime) nam de verkoop van de beleggingshypotheekvorm af sinds 2001; de 'ondergang' was compleet in 2005. Onderzoek door de AFM in dat jaar gaf aanleiding tot de conclusie dat beleggingsverzekeringen inherent gevaarlijke producten zijn, dat informatieverstrekking door verzekeraars en intermediair over de risico's onvolledig, ontoereikend en niet in alle gevallen juist was, dat de voorgespiegelde rendementen niet altijd goed gefundeerd waren en dat een belangrijk deel van de inleg niet werd belegd, maar opging aan kosten en risicopremies.⁸⁸ Beleggingsverzekeringen worden sinds 2006 steeds minder geadviseerd en verkocht. Wijziging in het fiscale regime, concurrentie van banksparen, maar vooral de negatieve publiciteit, versterkt door de inmiddels vergrote transparantie over administratiekosten en intermediairkosten, maken dat het een *toxic product* is geworden. Intussen zitten zowel consumenten als verzekeraars met deze 'Altlast' in hun maag.⁸⁹

Consumenten, omdat de beleggingsverzekering een langlopende verplichting tot vermogensopbouw is, het tussentijds uitstappen een keuze uit twee kwaden is en veel consumenten zich bedrogen voelen door die vriendelijke tussenpersoon en de achterliggende verzekeraar. Pas sinds 2006 is namelijk langzaam duidelijk geworden hoeveel geld die tussenpersoon én verzekeraar zelf in handen krijgen uit de [100] inleg. Het voelt voor consumenten mogelijk als een slecht huwelijk, waarbij scheiden onvermijdelijk geld kost.

Verzekeraars, omdat zij nog niet van het verleden af zijn. Weliswaar hebben zij na de commissie-De Ruiters (2006) transparantievoorschriften ingevoerd en is er de aanbeveling van de Ombudsman Financiële Dienstverlening (2008) om het magische getal van maximaal 2,5% aan kosten in rekening

⁸⁸ AFM, *Generieke rapportage Rapport Beleggingsverzekeringen*, Amsterdam 2006, p. 16 e.v.; CVS Verbond van Verzekeraars, *Transparantie van kosten - Een vergelijking van beleggingsproducten van banken en verzekeraars*, Den Haag 2006, p. 6 e.v.; AFM, *Feitenonderzoek Beleggingsverzekeringen Deel 1*, Amsterdam 2008, p. 12 e.v.; AFM, *Beleggingsverzekeringen - Kwaliteit advies bij beleggingsverzekeringen*, Amsterdam 2008, p. 11. Zie over de kostenopbouw van beleggingsverzekeringen ook H.F. Treur & J.L.A. van Rijckevorsel, 'Transparantie van kosten - Een vergelijking van hypothecaire beleggingsproducten van banken en verzekeraars', *Het Verzekerings-Archief* 2007, p. 2 e.v.

⁸⁹ Qua 'Altlast' is de beleggingsverzekering wellicht nog het beste te vergelijken met asbest: hoewel er in de medische wetenschap al langer geluiden te beluisteren waren rondom verhoogde risico's van longkanker en mesotheliom, duurde het tot in de jaren tachtig tot het besef doordrong dat asbest niet langer gebruikt moest worden. Kritische geluiden over verborgen kosten bij beleggingsverzekeringen waren er al vroeg in de jaren 90. Zie bijvoorbeeld 'roepende in de woestijn' A. Boot, zoals weergegeven in *Het Financieel Dagblad* 21 november 1995. Ook de ombudsman had al kritische geluiden laten horen; zie de verwijzingen in Aanbeveling Ombudsman Financiële Dienstverlening d.d. 4 maart 2008.

te brengen.⁹⁰ Dit alles kostte verzekeraars uiteraard geld,⁹¹ maar de vraag is gewettigd of daarmee de kous af is. Inmiddels zijn individuele en collectieve acties voor de civiele rechter gaande. Dat is begrijpelijk, want de aanbeveling van de ombudsman is geen bindende aanwijzing: hij heeft geen bevoegdheid om over de gehele linie een percentage af te kondigen. Misschien zijn sommige clausules of sommige contracten als geheel wel vernietigbaar, is er geen wilsovereenstemming op cruciale punten of leidt uitleg *contra proferentem* van bepaalde vage clausules wel tot veel ingrijpendere gevolgen. Dat weten we nog niet zolang de Hoge Raad zich er niet over heeft uitgelaten. De beleggingspolissenaffaire is dus nog lang niet bezworen. Het zou mij niet verbazen als zich hier het aandelenleasedrama herhaalt: eerst weinig, daarna veel civiele zaken,⁹² vervolgens steunende rechters, daarna politieke druk om een collectieve schikking te bereiken.⁹³ Of die schikking er dan komt, is een andere vraag. Verzekeraars hebben al onderhandse schikkingen met claimstichtingen gesloten, maar die zijn geen van alle voorgelegd aan het hof Amsterdam voor bekroning met het WCAM-zegel. Individuele beleggers die niet tevreden zijn over de uitkomst, kunnen nog steeds – al dan niet in collectief verband – een weg naar de civiele rechter beproeven (verjaring daargelaten). Een [101] enkele rechter heeft het beroep op dwaling al mogelijk geacht, maar of die lijn zich verder voortzet, is de vraag.⁹⁴

Wat zijn de gevolgen van aantasting of aanpassing van de vermogensopbouwcomponent (spaar-, beleggingsverzekering) voor het hypothecair krediet? Nu in de regel sprake is van aparte contracten met verschillende partijen, lijkt het mij onwaarschijnlijk dat er ingrijpende juridisch gevolgen aan verbonden zijn voor de geldlening.⁹⁵ Wel maakt het eventuele tenietgaan van de rechten uit de verzekeringspolis dat de verpanding van die polis op losse schroeven komt te staan; de kredietverstrekker zal eventuele contractuele rechten tot het stellen van additionele zekerheid willen uitoefenen. Dat kan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, bijvoorbeeld als de beleggingsverzekering betrokken werd van een verwante concernmaatschappij. Ook zal tekortschieten van de kredietverstrekker en/of de tussenpersoon in het geven van passend advies over een geschikte leenvorm een zelfstandige grond voor aansprakelijkheid opleveren.

6. Afsluitende opmerkingen

Ik kom tot een afronding na deze inventarisatie van de consumentenrechtelijke kant van hypothecaire kredietverlening. Wat opvalt, is de stormachtige ontwikkeling van dit rechtsgebied. De regulering van hypothecair krediet heeft zich de afgelopen twintig jaar ontwikkeld van een puur private aangelegenheid tot een door de publieke toezichthouder AFM beheerst domein, waarbij normen inzake transparantie en verantwoord lenen in rap tempo aangescherpt zijn. Daarbij zijn verschillende rechtsbronnen – van ongeschreven zorgplicht in het burgerlijk recht tot

⁹⁰ J. de Ruiter e.a., *Commissie Transparantie beleggingsverzekeringen - Advies aan het Verbond van Verzekeraars*, Verbond van Verzekeraars 2006 / Aanbeveling Ombudsman Financiële Dienstverlening d.d. 4 maart 2008, zoals nader toegelicht bij brief van 4 juni 2008.

⁹¹ 'Verzekeraars zijn 2 miljard euro kwijt aan compensatie woekerpolisklanten', *Het Financieel Dagblad* 4 maart 2008.

⁹² Zie bijvoorbeeld *NRC Handelsblad* 5 maart 2008 ('Oplossing woekerpolis nog ver weg').

⁹³ De literatuur is hierover opvallend stil. Zie slechts W.H. van Boom, 'Beleggingspolissen en consumentengedrag: van 'free lunch' naar 'iustum pretium'?', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2008, p. 61 e.v.; M.B.M. Loos & W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht - preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 170 e.v.

⁹⁴ Rb Haarlem 17 juni 2009, LJN BI7834 (Falcon Leven); eindvonnis 26 januari 2011, LJN BP3482.

⁹⁵ Art. 6:229 BW is niet van toepassing.

gedetailleerde informatieplicht in het BGfo Wft – over elkaar gelegd, met als gevolg dat een bonte lappendeken is ontstaan.

Hoewel ik denk dat het eind van deze ontwikkeling nog niet in zicht is, springen er op dit moment twee elementen uit: een nieuw element en een oud element. Het **[102]** nieuwe element is de *Wet oneerlijke handelspraktijken*, die hernieuwde aandacht voor het verkoop- en marketingproces van kredietproducten teweeg heeft gebracht. Misschien zijn de normen als zodanig niet heel erg nieuw – de regels over misleidende reclame waren er immers al langer – maar het werkingsbereik van deze wet lijkt wel ruimer, de toetsing intensiever en de sancties (waaronder boetes) indrukwekkender. Bijzondere aandacht voor bepaalde oneerlijke praktijken – zoals het structureel te laat doen van een nieuw renteaanbod – is geboden. Ook nieuw – en nog maar een voorstel – is de richtlijn ‘woningkredietovereenkomsten’, die voor ons land de lijn bevestigt welke voor consumentenkrediet al langer bestond en die de Wft voor hypothecair krediet ook al uitgezet heeft: de bank en de tussenpersoon dienen te zorgen voor gestandaardiseerde informatie, alsmede voor verantwoord en passend krediet.

Het oude element is dat van de ‘Altlast’ van het beleggingshypotheekdossier. Dat dossier vertoont gelijkenis met zowel het aandelenleasedossier als met het asbestdossier, en het is niet op voorhand duidelijk hoe het dossier voor alle betrokkenen pijnloos en efficiënt afgewikkeld kan worden. Duidelijk is wel dat hypotheekverstrekkers en het intermediair lessen moet trekken uit dat dossier voor productinnovatie in hypothecaire dienstverlening: niet alles wat verkoopt, is ook werkelijk een goed hypotheekproduct.